

# Del carácter singular del derecho de la competencia

EN LOS

SERVICIOS

PÚBLICOS

DOMICILIARIOS<sup>1</sup>

Guillermo Sánchez Luque  
Hugo Pacheco De León  
Yezid Alvarado Rincón

Oficina Jurídica  
Superintendencia de Servicios Públicos

## *I. Los servicios públicos domiciliarios: Una nueva lectura del Estado social y democrático de derecho*

**E**l tema de los servicios públicos tiene tanta o más importancia que muchos de los temas clásicos del derecho constitucional.

Hugo Palacios Mejía<sup>2</sup>

A diez años de expedida la constitución de 1991 todavía hay quienes se quejan de la manera minuciosa como trató a los servicios públicos domiciliarios: seis artículos permanentes<sup>3</sup>, uno transitorio<sup>4</sup>, todo un capítulo del título XII. Una lectura desprevenida de esas normas podría llevar a sumarnos a los críticos de su falta de técnica o a pensar que ese tratamiento prolijo obedece al alud de proyectos<sup>5</sup> que coparon el trabajo de la subcomisión tercera de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>6</sup>.

Sin embargo, ese capítulo separado de los servicios públicos dentro de la constitución económica<sup>7</sup> se inscribe dentro de la autodefinition de nuestro régimen político como Estado social y democrático de derecho. Cláusula que lejos de entenderse como una simple formulación retórica ha de convertirse en el norte perseguido por toda la comunidad y resumido en el texto fundamental<sup>8</sup>, como quiera que el constituyente primario definió ese camino como nuevo modelo básico de organización institucional; se trata, pues, de una de esas “decisiones fundamentales” de que hablara Carl Schmitt<sup>9</sup>.

Nuestra jurisprudencia<sup>10</sup> ha tratado a través de diferentes y disímiles pronunciamientos de formular una teoría general que permita informar todo el articulado constitucional. Con todo, este encomiable esfuerzo merced a la “multivocidad ideológica”, a los “problemas de identificación” –como afirma el profesor Angel Garrorena Morales– hace “sin duda, tremendamente compleja su exacta definición, sobre todo su identificación ideológica”<sup>11</sup> por lo que se ha propuesto un enfoque pluridisciplinar pues de lo contrario “el concepto de Estado Social de Derecho...es inaprensible en toda su riqueza de matices”<sup>12</sup>, lo que podría dar al traste con la reformulación constitucional, tal y como sucedió con la constitución de Weimar<sup>13</sup>.

Pero el valor normativo, que podría ponerse en tela de juicio por las razones antes enunciadas, en materia

de servicios públicos domiciliarios no enfrenta los inconvenientes derivados de su riqueza conceptual<sup>14</sup>. Por el contrario, la única expresión concreta, nítida, normativa –si se quiere– del Estado social y democrático de derecho se encuentra en los servicios públicos domiciliarios. En efecto, el capítulo 5º del título XII de la Constitución se intitula “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”<sup>15</sup> y en desarrollo claro del artículo 1º, el artículo 365 superior es contundente al disponer: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”<sup>16</sup>. Es por ello que el contenido material que de la fórmula Estado Social, y que muchos autores encuentran en el valor “dignidad del hombre”<sup>17</sup>, ve su concreción material en los servicios públicos domiciliarios. Es allí indiscutiblemente donde la dignidad, como concepto límite, ya no solo ilumina todo el ordenamiento sino que, además, se ve proyectada en normas concretas. Con esta perspectiva, el artículo 366 superior se ocupa de ratificar que el mejoramiento de la calidad de vida de la población es una expresión de las “finalidades sociales del Estado”, y agrega la preceptiva que la solución de necesidades insatisfechas de saneamiento básico y agua potable serán objetivo fundamental del Estado, por lo mismo ordena dar prioridad al gasto público social.

1. Este artículo hace parte del tomo IV del libro *Servicios Públicos Domiciliarios* publicado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, dentro de la serie “Actualidad Jurídica”.

2. Hugo Palacios Mejía. “La competencia en los servicios públicos”, en *Planeación y desarrollo*, vol. XXIV, n.º 3 sept.- dic. 1993.

3. Artículos 365 a 370 constitucionales.

4. El artículo 48 transitorio de la Carta fijó unos plazos perentorios para que Congreso y gobierno se unieran en la tarea de desarrollar las seis normas constitucionales citadas.

5. Fueron presentados más de 30 proyectos de actos reformativos relativos a servicios públicos domiciliarios.

6. Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional*, n.º 53, 28 de abril de 1991, p. 5. Dijeron los delegatarios:

“Se consigna a nivel constitucional un catálogo sintético, pero completo, de principios, derechos y deberes que debe observar el Estado, las empresas gestadoras y los usuarios con la prestación de los diferentes servicios públicos. Se ha procurado que el mandato constitucional sea claro y directo para que la ley, los jueces, los usuarios y cualquier ciudadano tengan en la Carta una verdadera guía de conducta para comprender este tema vital en sus relaciones en comunidad”.

7. Sobre la noción de “Constitución económica”, ver Alan Brewer-Carías. “Reflexiones sobre la constitución económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, Civitas, 1991, t. V, pp. 3840 a 3854.

8. Visen, citado por Forsthoff, dice que la fórmula Estado Social hace una “fijación teleológica”, ver Ernst Forsthoff. *Problemas constitucionales del Estado Social*, cit., p. 98

9. Schmitt. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 27.

10. Abundante ha sido nuestra jurisprudencia constitucional enderezada a perfilar los contornos de la cláusula “Estado social y democrático de derecho”. Entre los fallos ajenos al tema que nos ocupa y en los que el juez constitucional ha querido llenar de contenido este concepto jurídico indeterminado pueden citarse entre otros: Corte Constitucional. Sentencias T-406 del 5 de junio de 1992, M. P.: Angarita; T-533 de 1992, M. P.: Cifuentes; T-125 del 14 de marzo de 1994, M. P.: Cifuentes; C-574 de 1992, M. P.: Angarita; C-478 del 6 de agosto de 1992, M. P.: Cifuentes; C-517 del 15 de septiembre de 1992, M. P. Angarita; C-479 del 6 de agosto de 1992, M. P.: Hernández y C-549 del 5 de octubre de 1992, M. P.: Rodríguez. A nivel doctrinario el esfuerzo ha sido también grande, entre otros pueden consultarse los siguientes autores que apuntan a asuntos tan disímiles como posiciones ideológicas permite el tema: Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad Madrid, 1995, cap. I; Ernest Forsthoff. “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, en Wolfgang Abendroth y otros. *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; Karl Doehring. “Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático”, en Abendroth, Op. cit.; Antonio Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5.ª ed., 2.ª parte, cap. V, Madrid, Tecnos, 1995; Alberto Trueba Urbina. *La primera constitución político social del mundo*, México, Porrúa, 1971, 4.ª parte; Gustavo Zagrebelsky. *Il diritto mite, diritti giustizia*, cap. II, Legge; Elías Díaz. *Estado de derecho y sociedad democrática*, caps. III y IV, Madrid, Taurus Humanidades, 1992; José Ramón Cossío Díaz. *Estado Social y derechos de prestación*, caps. I y IV, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; Ramón Cotarelo. *Del estado del bienestar al estado del malestar*, cap. VII, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; Francisco Cabrillo. “La reforma del Estado asistencial: reflexiones sobre la crisis del Estado”, en AA. VV. *La reforma del Estado asistencial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Luis Prieto Sanchís. “Constitucionalismo y positivismo”, en BEFDP, n.º 60, Fontamara, 1997; AA. VV. *El derecho constitucional y la protección de la salud*, México, Porrúa, 1995. Ver “El derecho a la protección de la salud y el estado social de derecho” por Marcos Kaplán; “El contenido programático de la constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud” por José Francisco Ruiz Massieu; Jorge Carpizo. *La constitución mexicana de 1917*, 10.ª ed., México, Porrúa, 1997. Ver “Las decisiones fundamentales”; Mauricio García Villegas. “Incidencia social de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 4, Universidad de los Andes; Rita Thalmann. *La république de Weimar*, PUF, Que sais-je?, Paris, 1986. Chapitre IV: “Les clivages idéologiques et confessionnels”.

11. Angel Garrorena Morales. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, Colección Temas Clave de la Constitución Española, p. 29.

12. Ramón Cotarelo. “Del estado del bienestar al estado del malestar”, *Colección Estudios Políticos*, n.º 24, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 16. En el mismo sentido Julio Segura afirma que “los antecedentes históricos son tan dispersos y heterogéneos tanto en su contenido y eficacia como en el tipo de sociedad política en los que se produjeron en forma inicial” (Julio Segura y otros. *La reforma del Estado asistencial*, colección “Cuadernos y Debates”, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1987, p. 17).

13. Junto con la Constitución mexicana de 1917 se erigió en pionera en el tema. Sin embargo ese avance teórico no se reflejó en el terreno práctico pues la jurisprudencia “transformó muy pronto en meras

La jurisprudencia nacional a partir del valor dignidad humana, como valor inspirador de todo el ordenamiento fundamental, ha puesto el acento en el hombre concreto –y no ya en la ficción roussoniana propia del estado burgués de derecho– bajo el entendido que en un Estado Social de Derecho el norte de la acción estatal será la creación de condiciones más justas que aseguren la dignidad de las personas<sup>18</sup>. En efecto, la Corte Constitucional no ha encontrado mayor dificultad en reconocer una vinculación jurídica concreta a la cláusula Estado Social a partir de las normas relativas a servicios públicos. Ha dicho la Corte: “El Estado social y democrático de derecho tiene una concreción técnica en la noción de servicio público”<sup>19</sup>, toda vez que “los servicios públicos (son) una función inherente al estado social de derecho”<sup>20</sup> y por lo mismo deben verse reflejados en la inversión social prioritaria en estos temas<sup>21</sup>. En el Estado Social de derecho las garantías sociales<sup>22</sup>, gracias al encomiable trabajo de nuestra jurisprudencia, no han quedado en la región vaporosa de la mera promesa programática sino que han permitido que cuando menos en este punto la jurisprudencia haya sido uniforme en reconocerle vinculación jurídica directa a la cláusula que venimos comentando: “los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales” (art. 2º C. P.)<sup>23</sup>. De manera que a partir de una lectura concreta del Estado social de derecho los constituyentes previeron el modelo de un nuevo régimen de los servicios públicos domiciliarios desde la propia constitución<sup>24</sup>. Un esquema que le apuesta a la libertad de empresa y de competencia pero sometidas a unas formas peculiares de intervención del Estado<sup>25</sup> a través de dos modalidades de lo que la doctrina francesa llama “policía administrativa” según las voces del artículo 365 superior: la única superintendencia de directa creación constitucional<sup>26</sup> y la regulación. Dos funciones a cargo del Presidente de la República y que ejerce a través de sus agentes.

Si bien es cierto el numeral octavo del artículo 150 Constitucional dispone que el Congreso al legislar debe expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control y el numeral veintidós del artículo 189 eiusdem entrega al Presidente la función de policía administrativa en punto de servicios públicos, no es menos cierto que el artículo 370 superior, dentro de esa línea de tratamiento singular a los servicios públicos domiciliarios, creó una Superintendencia para el efecto que ejerce sus funciones en forma exclusiva y excluyente tal y como ya lo ha advertido la jurisprudencia constitucional<sup>27</sup>.

A este respecto el profesor Palacios Mejía certeramente apunta:

“(la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios) es una autoridad constitucional (art. 370), y la Constitución misma define su competencia en función de los sujetos sobre los cuales ha de ejercerse la vigilancia, que no son otros que los prestadores de servicios públicos domiciliarios. La vigilancia oficial sobre estos, en cuanto a las actividades que les son propias, y mientras no haya otra norma constitucional expresa, no puede atribuirse a otros órganos del Estado”<sup>28</sup>.

fórmulas vacías las exigencias de contenido social estereotipadas en la constitución al afirmar que se trataba de fórmulas programáticas, que carecían de significación concreta y que no tenían carácter vinculante alguno para el legislador” (Wolfgang Abendoth. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 19.

14. La célebre sentencia T-406 de 1992, M. P.: Ciro Angarita, llegó a plantear que en aras de la efectividad de los derechos fundamentales el juez de tutela podría sacrificar en algunos casos el valor de la seguridad jurídica para lograr la justicia material, sin embargo en reciente providencia donde en una interpretación más audaz de los principios constitucionales, el Consejo de Estado como juez constitucional dejó en claro que la seguridad jurídica no es negada en el Estado social de derecho. Dijo ese alto Tribunal: “Pese a la dificultad, la Sala esbozó una solución para privilegiar la eficacia de los principios constitucionales, sin lesionar la seguridad jurídica. Se dijo que los principios necesitan concreción, por su textura abierta, y se admitió la metodología de la concreción a través de ejemplos, de manera que, cuando se produce, tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P.: Alir E. Hernández Enriquez, Bogotá., 7 de junio de 2001, Radicación AP-166. Ver *Supra* Concepto SSPD 20011300000310. La tensión entre los valores seguridad jurídica versus justicia material no es un asunto simplemente semántico. Sobre el particular ver Karl Doehring. “Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático”, en *Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 123 y ss. El lector encontrará allí un completo repertorio bibliográfico sobre la materia.

15. Aunque la Corte Constitucional al abordar los criterios para determinar los derechos fundamentales, en sentencia T-002 del 8 de mayo de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, haya señalado que la titulación carece de fuerza vinculante no puede negarse que la misma hace parte del texto constitucional.

16. “Cuando se afirma que el tema de los servicios públicos es inherente a la función que al Estado Social de Derecho le corresponde cumplir, a lo que se hace referencia, es a la obligación que tiene el Estado de intervenir la economía, para garantizar que los servicios serán prestados en condiciones de eficiencia y economía a todos los sectores de la población”. Carlos Alberto Atehortúa Ríos. *Régimen Legal de los servicios públicos domiciliarios*, 1.ª ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 40.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>29</sup> vigila a los prestadores en sus funciones, organización y relaciones sin consideración a la materia. No puede, pues, argüirse especialidad de otro ente de control, cuando las funciones de esta entidad son adscritas por la propia constitución. –El texto superior prevé solamente la existencia de una Superintendencia y no una pluralidad de entes que la sustituyan so pretexto de una pretendida– “especialidad” diversa a la que el texto constitucional dispuso. Nuestra constitución no permite la coexistencia de tantas Superintendencias como asuntos “especiales” puedan imaginarse en punto de servicios públicos domiciliarios. Justamente, el texto fundamental quiso concentrar las funciones de policía administrativa en un solo ente. La especialidad, pues, la da la constitución misma, que pretendió sin lugar a dudas evitar la dispersión de control<sup>30</sup>.

17. Sobre dignidad como valor supremo consúltese el prólogo de Bruno Heck al estudio de Karl Doehring “El estado social, el estado de derecho”, en *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 110; Ingo von Munich. “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 5, 1982.

18. Sobre la dignidad humana como valor jurídico supremo dentro de nuestro ordenamiento constitucional en asuntos diferentes a los servicios públicos ver Corte Constitucional. Sentencias C-004 de 1992, T-406 de 1992, T-426 de 1992, T-462 de 1992, T-411 de 1992, T-002 de 1992, T-505 de 1992, C-556 de 1992, C-561 de 1992, T-571 de 1992 y C-543 de 1992 (en especial su salvamento de voto).

19. Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992.

20. Corte Constitucional, Sentencia T-563 de 1994.

21. Corte Constitucional, Sentencia C-151 de 1995.

22. Sobre la funcionalidad del servicio público en el Estado Social y Democrático de Derecho como técnica de realización de los derechos fundamentales ver Carmen Chinchilla Marín. “El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, “De los derechos y deberes fundamentales”, Madrid, Civitas, 1.ª ed., 1991, pp. 964 y ss.

23. Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992. En el mismo sentido Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1994.

24. “Muchas veces el principio y la letra final constitucional se han quedado escritas esperando su desarrollo legal, sin que éste llegue jamás. No queremos que esto vuelva a suceder con un tema tan vital para el porvenir del país, y, es por eso que, contrariando un poco la técnica tradicional, proponemos que sea en la constitución donde se dejen establecidas, de una vez las reglas del juego propias a la finalidad social del Estado” (Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 53, 18 de abril de 1991, p. 6).

25. Intervención que no “solo autoriza sino que exige” la constitución al decir de la Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 1996. Ver

En suma, la existencia de varias Superintendencias que vigilen, inspeccionen y controlen las tareas de los prestadores es, además de antitécnico e irracional por contrario a la eficiencia, inconstitucional por quebrantar el artículo 370 C. N., norma que previó en este punto un solo organismo con atribuciones de policía administrativa.

Ahora bien, la constitución al fijar reglas particulares a los servicios públicos domiciliarios en su apartado económico, dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la “función pública”<sup>31</sup>

igualmente Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992; Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 1994.

26. “(La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios) resulta indispensable para proteger los derechos de los usuarios, asegurar la eficiencia y el manejo correcto del servicio y, en general, para hacer eficaz la regulación y el control del Estado” Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 22, 18 de marzo de 1991, pp. 51 y ss.

27. Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1996 “La inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, (son) actividades que debe realizar por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos, (por lo que) mal puede la ley atribuir dicha potestad a una autoridad distinta...” (subrayas fuera de texto).

28. Hugo Palacios Mejía. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, Biblioteca Vigente, 1.ª ed., 1999, p. 74.

29. Desde su creación la Superintendencia ha venido investigando y sancionando a los prestadores por violación del régimen de la competencia con apoyo en primer lugar en las normas especiales aplicables a los servicios públicos, a manera de ejemplo citaremos las siguientes: Resolución SSPD 2782 de 1996, Resolución SSPD 1268 de 1998, Resolución SSPD 2479 de 1998, Resolución SSPD 4867 de 1998, Resolución SSPD 7078 de 1998, Resolución SSPD 7981 de 1998, Resolución SSPD 9432 de 1999. Ya incluso existe pronunciamiento en torno a la legalidad de las Resoluciones SSPD 882 de 1998 y 2480 de 1998 expedidas por el Superintendente Delegado para Energía y Gas, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de julio de 2001, exp. 6180, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

30. En sentido contrario Alfonso Miranda Londoño. *El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios*, CEDEC, t. III, Colección Seminarios, n.º 10, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1999, pp. 81 y ss. Dice el profesor Miranda: “Uno de los problemas fundamentales del derecho de la competencia en Colombia, radica en la proliferación normativa y la multiplicidad de autoridades de la competencia, que a la larga pueden entorpecer el desarrollo de los principios que informan este derecho, e impedir el logro de sus objetivos” (p. 88).

31. Sobre el concepto tradicional de servicio público de la tradición francesa ver: Jacques Chevallier. *Le service public, Que sais-je?*, 3e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1994; Julio A. Prat. “Los Servicios Públicos”, en *Derecho Administrativo en América Latina*, t. II, Ediciones Rosaristas, 1986, pp. 229 y ss.; Alberto Hernández Mora. “La noción de servicio público en Derecho

y optó por un “nuevo servicio público” basado en el modelo de servicios públicos competitivos: mercado a la vez libre e intervenido<sup>32</sup>, ya que el Estado en su condición de director general de la economía se erigió en el garante –que no prestador monopólico<sup>33</sup>– de los servicios. En otras palabras, se trata del cambio del modelo de Estado que busca como advierte el profesor Gaspar Ariño “desideologizar la política económica... sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos”<sup>34</sup>.

Por lo demás, al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 C. N. el sector de los servicios públicos<sup>35</sup> está impregnado por el valor eficiencia, que se echa de menos en el enfoque constitucional previsto para las normas generales en materia de competencia. Así parece ponerlo de relieve el profesor Alfonso Miranda cuando indica

“el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios es el de lograr que la prestación de los servicios, ya sea por parte de un monopolista o por parte de los competidores, se haga en condiciones económicamente eficientes, que no impliquen abuso de la posición dominante y que produzcan servicios de calidad”<sup>36</sup>.

## II. La Ley 142 de 1994: una ley de intervención económica que prevé un régimen especial de la competencia

Este marco constitucional explica y justifica por sí mismo el por qué la Ley 142 de 1994 diseñó un régimen especial para la prevención y represión del abuso de la posición dominante que se pueda presentar en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, régimen que por ser especial excluye cualquier esfuerzo de *homologarlo* con el régimen general establecido con el Decreto 2153 de 1992... ya que ello implicaría homologar lo que por esencia es diferenciado<sup>37</sup>.

Jorge Almonacid S. y Nelsón G. García L.

La constitución establece en el numeral veintitrés del artículo 150 que corresponde al Congreso de la República expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos; en consonancia con esa preceptiva el artículo 365 eiusdem ratifica que los servicios públicos:

“estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”; a su turno el artículo 367 superior una vez más señala que: “la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario”; por su parte el artículo 369 constitucional prevé que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; al tiempo que el artículo 370 ibidem ratifica que las dos expresiones de policía administrativa encomendadas al Presidente –esto es la regulación y la inspección y vigilancia y control– se harán “con sujeción a la ley”; por fin, el artículo 48 transitorio de la Carta fijó unos plazos perentorios para que Congreso y gobierno se unieran en la tarea de desarrollar las normas constitucionales contenidas en el capítulo v del título xii.

Administrativo (vigencia y utilidad)”, en *Derecho Administrativo en América Latina*, t. II, Ediciones Rosaristas, 1986, pp. 255 y ss.; Gustavo Penagos Vargas. *El servicio público*, 1.ª ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1999.

32. Cfr. Gaspar Ariño Ortiz y otros. *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, Universidad Autónoma de Madrid, PERE, 1997. Ver infra Jaime Vidal Perdomo. *Mito y realidad del servicio público*.

33. La crítica a la titularidad estatal es la nota específica de la nueva noción de servicio público habida cuenta que el Estado pasó de ser empresario a regulador. Así lo afirma el profesor argentino Muratorio: “el cambio del rol del Estado diseña una nueva relación entre éste y la sociedad, donde adquieren primacía los derechos fundamentales y la calidad de los servicios públicos... privatizada la economía, se debe fortalecer la regulación por el control, mediante el poder de policía y la policía administrativa, en beneficio del mercado y de los sujetos individuales que lo integran” (Jorge I. Muratorio. “La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994”, en AA. VV. *Estudios sobre la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 112 y ss.). En sentido contrario Eduardo Sarmiento Palacio. “Estructuras monopólicas de los servicios públicos”, en *Derecho de la Competencia*, 1.ª ed., Bogotá, El Navegante, 1998, pp. 65 y ss.

34. Ariño Ortiz. Op. cit., p. 24.

35. Para analizar las diferencias entre el concepto genérico de “servicio público” frente a la expresión “servicios públicos domiciliarios”, ver Hugo Palacios Mejía. “Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución”, en *Constitución Económica*, Bogotá, El Navegante, octubre de 1997, pp. 328 y ss.

36. Alfonso Miranda Londoño. *El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones*, Colección Seminarios, n.º 8, t. II, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, CEDEC, 1998, p. 194.

37. Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelsón Gerardo García Lozada. *Derecho de la Competencia. Abuso de posición dominante. Competencia desleal. Uso indebido de información privilegiada*, 1.ª ed., Bogotá, 1998, pp. 186 y ss.

Estas disposiciones, conjuntamente tomadas, brindan suficiente claridad en cuanto a la intención del constituyente de someter a un régimen legal singular los servicios públicos domiciliarios bajo el entendido que precios, calidad y servicios son quizás las formas más relevantes que toma la competencia en el mercado.

### A. La competencia desde la perspectiva de las empresas

Para conseguir el valor de la eficiencia, como ya se dijo, las leyes 142<sup>38</sup> y 143 de 1994 se empeñaron en estimular la competencia. Y en este punto, hay que sumarse sin vacilación a la tesis adoptada por el profesor Palacios Mejía, quien en un enjundioso estudio del proyecto de ley 197 de 1992, a la sazón antecedente de la actual ley 142 de 1994, al abordar su estructura básica, sostuvo que su principal contenido era la competencia<sup>39</sup>. Con esa perspectiva, la Ley 142 de 1994 establece un sistema de regulación y control de las situaciones de monopolio en el mercado de los servicios públicos domiciliarios.

Por su parte, el artículo 3.º de la Ley 143 de 1994 obliga al Estado a promover la libre competencia en las actividades del sector eléctrico, impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado<sup>40</sup>, y particularmente regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural, la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos.

Si bien la Constitución Política permite en su artículo 365 y 336 la existencia de monopolios, queda en todo caso claro que estos son de carácter excepcional y a favor del Estado y que la regla general es la competencia económica. Sobre el particular advierte el profesor Hugo Palacios Mejía:

“Los empresarios tienen derecho a competir; pero, mas importante aún, los consumidores de bienes y servicios tienen *derecho a que los empresarios compitan*. Desde una perspectiva económica los principales beneficiarios de la competencia no son los empresarios (que, por virtud de la competencia, verán disminuir sus márgenes de utilidad), sino los usuarios, que tendrán acceso a bienes y servicios más baratos, y la comunidad en general, que gracias a la competencia conseguirá que los recursos escasos de que dispone se asignen a los usos donde pueden ser más productivos”<sup>41</sup> (destacado en el texto original).

En tal virtud, el principio general aplicable es el de la libre competencia, sin embargo de manera excepcional la Ley 142 de 1994 ha previsto las llamadas áreas de servicio exclusivo en su artículo 40<sup>42</sup> para los servicios de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, cuando existan motivos de interés social y que el fin sea que la cobertura de éstos específicos servicios se pueda extender a las personas de menores ingresos.

Ahora bien, una rápida –y por lo mismo no exhaustiva– lectura del texto de las leyes 142 y 143 de 1994<sup>43</sup> permite identificar un número importante de disposiciones que hacen referencia a un derecho singular a la competencia. En apretada síntesis se enlistan a guisa de ejemplo las siguientes:

a) El artículo 2º, al disponer que el Estado intervendrá en los servicios públicos “conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a de la Constitución Política”, relaciona unos fines de la intervención del Estado en los servicios públicos que escapan a las normas

38. Sobre los antecedentes de la Ley 142 de 1994 y su trámite en el Congreso ver Guillermo Chahin Lizcano. *Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, 1998, pp. 35 y ss.

39. Hugo Palacios Mejía. “La competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en *Planeación y Desarrollo*, vol. xxiv, n.º 3, sept-dic. 1993, p. 505.

40. Cfr. Santiago Concha Delgado. *El abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994*, Colección Seminarios, n.º 8, t. II, CEDEC, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1998, pp. 89 y ss.

41. Hugo Mejía Palacios. *El Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 44.

42. Cfr. Resolución integral del sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia, Resolución CRA-151 del 23 de enero de 2001, sección 1.3.7 artículos 1.3.7.1 y ss.

43. “Los artículos 3.º, 20 y 23, literal a), de la Ley 143 de 1994... hacen énfasis en que el Estado debe promover la competencia y crear y preservar las condiciones que la hagan posible, frente a lo cual no es extraño... el establecimiento de límites máximos de participación en el mercado en relación con la actividad de generación de electricidad... De tal manera que las regulaciones relativas a los límites máximos de participación en el mercado previenen situaciones que puedan llegar a constituir abuso de la posición dominante y, desde esta perspectiva, lejos de contrariar las normas superiores a que alude la demanda, se avienen a sus postulados”. Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 7 de diciembre de 2000, exp. 6022, C. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de consumo generales: prestación continua e ininterrumpida sin excepción alguna<sup>44</sup> (art. 56 C. P.); prestación eficiente (arts. 365 y 367 C. P.)<sup>45</sup>, libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante (arts. 88 y 333 C. P.)<sup>46</sup>.

b) El artículo 3º dentro de los instrumentos especiales de intervención estatal en los servicios públicos prescribe: promoción y apoyo a los prestadores (art. 333 C. P.); la regulación “teniendo en cuenta las características de cada región” (art. 367 C. P.)<sup>47</sup>; control y vigilancia exclusiva y excluyente (arts. 267 y 370 C. P.) estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos.

c) El artículo 4.º define a los servicios públicos domiciliarios como esenciales “para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política”<sup>48</sup>; en idéntico sentido y para el sector eléctrico se dispuso en el artículo 5º de la ley 143 de 1994.

d) El artículo 10 prevé la libertad de empresa (arts. 333 y 367 C. P.), norma reiterada por los artículos 3.º y 7.º de la Ley 143 de 1994.

e) El artículo 11 al regular la función social de la propiedad de los prestadores dispone que están obligados a: prestar el servicio en forma continua y eficiente “sin abuso de la posición dominante” (art. 333 C. P.) frente al usuario o tercero<sup>49</sup>; abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia cuando exista, de hecho posibilidad de la competencia (arts. 333 y 336 C. P.) cumplir con la función ecológica<sup>50</sup> en armonía con la necesidad de aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios; colaborar con las autoridades en casos de emergencia o de calamidad pública; facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que presten servicios públicos<sup>51</sup>, o que sean grandes usuarios de ellos.

f) Los artículos 17, 18 y 19 al fijar el régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos establecieron unas condiciones para asegurar la competencia: naturaleza jurídica uniforme como sociedades por acciones; limitación legislativa para desarrollar actividades distintas<sup>52</sup>, régimen de derecho privado incluso para las empresas mixtas.

g) Asimismo, el artículo 18 autoriza a las comisiones de regulación para obligar a una empresa a tener objeto exclusivo cuando la multiplicidad de objeto limite la competencia y no produzca economía de escala que

favorezca al usuario. Más drástica aún es la previsión contenida en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 para el sector eléctrico cuando dispone que las prestadoras que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esa ley no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el SIN, salvo la de comercialización.

h) Igualmente, la administración común de las empresas queda sujeta a que no se limite la competencia (art. 21).

i) El artículo 27 prohíbe a las entidades públicas que participen en el capital de las empresas de servicios públicos otorgar a estas privilegios distintos a los previstos en la misma ley.

j) El artículo 28 faculta a todas las empresas para construir, operar y modificar sus redes en igualdad de condiciones a las contempladas para las entidades oficiales y habilita a la Comisiones de Regulación para exigir que “haya posibilidad de interconexión y de homologación técnica de las redes, cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia”.

44. Ley 143 art. 6º.

45. Ley 142 arts. 3º, 4º, 6º, 20, 44, 66 a 68.

46. Ley 143 arts. 3º, 20 y 43.

47. Ley 143 de 1994 arts. 3º, 4º, 6º y 44.

48. Declarada exequible, Corte Constitucional, Sentencia C-663 de 2000, M. P.: Antonio Barrera Carbonell. Dijo la Corte:

“El art. 4.º de la Ley 142 de 1994 objeto de impugnación se ajusta a la Constitución, porque el legislador no hizo cosa diferente que desarrollar, tanto el mandato del art. 56 en cuanto lo habilita para definir los servicios públicos esenciales en los cuales la huelga no esta garantizada, como los arts. 365 y 366, según los cuales, los servicios públicos domiciliarios constituyen instrumentos adecuados para asegurar las finalidades sociales del Estado, en lo que atañe con el bienestar general y el mejoramiento de las condiciones de vida de los integrantes de la comunidad. En tales circunstancias, es evidente que los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, larga distancia nacional e internacional, gas combustible, contribuyen al logro de los mencionados cometidos sociales, y a la realización efectiva de ciertos derechos fundamentales de las personas. Por lo tanto, ningún reparo constitucional encuentra la Corte a la decisión del legislador de calificarlos como esenciales”. Sobre las vicisitudes de la noción “esencial”, ver Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, 1.ª ed. colombiana, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1998, cap. vi, pp. 44 y ss.

49. Ley 143 de 1994 arts. 6º y 43.

50. Ley 143 de 1994 arts. 50 a 53.

51. Ley 143 de 1994 art. 1º.

52. Ver Supra Concepto SSPD 20001300000355.

k) La Ley 142 contiene sus propios principios de interpretación que no son otros que los contenidos en el título preliminar al tenor de los artículos 13 y 30, por manera que el operador jurídico los aplicará “en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como lo ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios” (arts. 333, 334 y 367 C. P.)<sup>53</sup>.

l) El artículo 31 de la Ley 142, reiterado por los artículos 8.º y 76 de la Ley 143 de 1994, es otra clara disposición de promoción de la competencia: las reglas de juego deben ser las mismas para los particulares que para el Estado cuando obre como prestador (art. 365), de ahí la importancia de la modificación contenida en el artículo 3.º la Ley 689 al disponer que por regla general “los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto general de contratación de la Administración pública” pues con ella se pone fin a una vieja discusión doctrinaria<sup>54</sup>. Cfr. Concepto SSPD 200113000000210, allí se resumen las distintas posiciones jurisprudenciales y doctrinales frente a la norma modificada.

m) Con idéntica perspectiva a la norma anteriormente citada, el artículo 32 prescribe un régimen de derecho privado para los actos de las empresas.

n) El artículo 34 proscribire los actos y contratos restrictivos de la competencia o generadores de competencia desleal (arts. 333 y 367 C. P.)<sup>55</sup>. De suerte que existe un régimen especial de prohibiciones y causales para iniciar investigación dentro de la facultad de vigilancia y control de la legalidad, las que han sido denominadas: “restricciones indebidas a la competencia”, las cuales se encuentran inscritas en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 donde se indica que los prestadores deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia, norma esta además concordante con el artículo 133 de la misma normatividad que presume abuso de la posición dominante en aquellas cláusulas de prohibida inclusión en los contratos de condiciones uniformes.

o) El artículo 35 obliga a las empresas de servicios públicos con posición dominante a adquirir ciertos bienes y servicios en régimen de libre concurrencia de oferentes;

p) El artículo 38 relativo a los efectos de la anulación judicial sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos prescribe que aquella “sólo producirá efectos hacia el futuro”, norma que busca proteger a las reglas de juego y dar un mínimo de seguridad jurídica al mercado<sup>56</sup>.

53. Declarado exequible Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997. Dijo la Corte:

“Lo dicho anteriormente sirva para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación del artículo 333 de la Constitución, pues si bien éste guarda relación con el tema tratado en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuanto los particulares pueden o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor” (subrayas fuera de texto).

55. El profesor Miranda aunque reconoce que la Ley 142 de 1994 “establece un verdadero régimen de la libre competencia especial para los servicios públicos domiciliarios el cual difiere notoriamente desde el punto de vista conceptual y estructural del llamado régimen general de la libre competencia, contenido en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992” encuentra que este artículo –como las demás disposiciones– incorpora “conceptos y definiciones equívocos y antitécnicos que complicarán su aplicación y harán de la homologación de conceptos con el régimen general una tarea casi imposible”. Alfonso Miranda Londoño. *El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios*, Colección Seminarios, n.º 10, t. III, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, CEDEC, 1999, pp. 82 y 89. El casuismo que censura el profesor Miranda a la ley es corolario directo del mandato contundente consignado en el artículo 150.21 superior, conforme al cual las leyes sobre intervención económica deben ser claras al señalar los límites a la libertad económica (ver infra Hugo Palacios Mejía. “La competencia y los servicios públicos”, conferencia dictada en el marco del II Congreso Nacional de Servicios Públicos Domiciliarios, organizado por esta Superintendencia y ANDESCO, 31 de julio de 2000 y publicada en este libro).

56. Declarado exequible Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997. A juicio de la Corte:

“en ningún momento limita la reparación o el restablecimiento a los daños causados o derechos conculcados después de la declaratoria de nulidad. No. Precisamente el legislador, previendo esta segunda posibilidad, separó la redacción de la norma buscando, de una parte, garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo; y de otra, que los daños antijurídicos o los derechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria, puedan ser reparados o restablecidos, no desde el momento en que se profiera el fallo y hacia adelante únicamente, sino desde su efectiva verificación, incluso si ella se retrotrae a un momento anterior a la



q) El artículo 40 como ya advertimos excepciona de la libre competencia en el mercado las áreas de servicio exclusivo “en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado”.

r) El artículo 41, referente a la aplicación por regla general del Código Sustantivo del Trabajo para las personas que prestan sus servicios a las empresas de servicios públicos, se endereza también a fijar unas mismas condiciones legales para así facilitar la libre competencia entre los diversos agentes.

s) El artículo 44 establece unas inhabilidades e incompatibilidades para el funcionamiento de las empresas y de las autoridades competentes –aunque excesivo si se compara con otros sectores de la economía– en el fondo busca dar transparencia al mercado.

t) El artículo 52 (modificado por el art. 7.º de la Ley 689) prevé que las comisiones establecerán las metodologías para clasificar a las personas prestadoras de los servicios públicos “de acuerdo con el nivel de riesgo, características y condiciones, con el propósito de determinar cuáles de ellas requieren de una inspección y vigilancia especial o detallada por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”. Con esta disposición de altísimo contenido de gestión pública se está reconociendo que los distintos agentes del mercado son tan disímiles entre sí que hay que asegurar su supervivencia a través de seguimientos diferenciados, todo ello para mantener un mercado en competencia.

u) Los artículos 14 y 15 de la Ley 689 de 2001 en consonancia con el artículo 53 de la Ley 142 al prever un sistema único de información de tal manera que hay transparencia en el manejo de la información.

v) El artículo 57 faculta a las empresas para imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos<sup>57</sup>; en armonía con esta preceptiva el artículo 30 de la Ley 143 permite a las prestadoras propietarias de las redes prestar “el servicio de servidumbre para telecomunicaciones”.

w) La facultad de los ministerios de exigir requisitos técnicos a las obras, equipos y procedimientos de las empresas con el fin de garantizar la calidad del servicio y evitar restricciones a la competencia (num. 67.1 del art. 67).

x) El artículo 98 enuncia las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia.

y) El artículo 133 describe las conductas constitutivas de posición dominante en el contrato de servicios públicos<sup>58</sup>.

z) Por fin, frente a eventuales conflictos con otras leyes sobre servicios públicos en relación con la Ley 142 no opera derogatoria tácita, como quiera que la Ley 142 crea un marco regulatorio general en servicios públicos domiciliarios, es por ello que El artículo 186 garantiza la coherencia y certidumbre del modelo al prever un sistema diverso de derogatoria al general contenido en el Código Civil<sup>59</sup>.

### *B. Protección del usuario de los servicios públicos domiciliarios<sup>60</sup>*

La Constitución Política de 1991 dedicó un apartado especial a los derechos de los consumidores y remitió a la ley la regulación de aspectos relacionados con la calidad de los bienes, la información que se suministre al público, y la forma de participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen (art. 78 C. P.). Sin embargo, de todos los consumidores de bienes y servicios, únicamente a los de la especie “servicios públicos domiciliarios” se les dio un tratamiento singular con rango constitucional. En efecto, el artículo 369 de la Constitución Política dispuso que la ley determinará su régimen de derechos y su protección.

expedición del fallo. Luego, son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser ex nunc, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos ex tunc, con lo cual, en manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional” (subrayas fuera de texto).

57. Ver Supra Concepto SSPD 19991300000397.

58. Cfr. Resolución CREG 108 de 1997 artículo 11, Resolución CRT 087 de 1997 Título III, modificada parcialmente Resolución CRT 253 de 2000 y Resolución CRA 151 de 2001 Sección 1.3.20.

59. Ver Supra Concepto SSPD 200113000000302.

60. Sobre los fundamentos constitucionales para una aproximación al concepto de usuario o consumidor en el régimen jurídico colombiano, ver Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *El concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios en especial los de energía eléctrica*, Temas de Derecho Público n.º 57, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 10 y ss.

61. Hugo Palacios Mejía. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, 1.ª ed., Derecho Vigente, 1999, p. 168

Lo anterior, significa que –como en todos los sectores económicos– libertad de competencia y consumidores van de la mano, o como dice el profesor Palacios Mejía “existe no sólo un derecho a competir cuyo titular es el empresario, sino un derecho cuyos titulares son todos los consumidores de bienes y servicios...”<sup>61</sup>. En tratándose de los servicios públicos domiciliarios el derecho a la competencia y el derecho del consumo son también las dos caras de una misma moneda, moneda cuyo equilibrio corresponde garantizar al Estado.

La Ley 142 de 1994 es una ley de intervención económica– como también lo es la Ley 143 o ley eléctrica– con orientación a la protección del usuario, es un verdadero *estatuto* del usuario<sup>62</sup>. De los nueve fines de la intervención del Estado en los servicios públicos –que señala el artículo 2.º de la Ley 142 ocho van dirigidos a la protección del usuario. Por manera que el régimen de los servicios públicos domiciliarios comprende no sólo un estatuto propio de protección defensa del usuario frente al mercado como los demás sectores –libertad de competencia, no utilización abusiva de la posición dominante, prohibición de practicas restrictivas, prohibición de monopolios– sino que además establece en favor del usuario todo un catálogo de disposiciones de protección, ya no frente al mercado, sino frente a la empresa que le presta el servicio:

a) El artículo 2.º relaciona unos fines de la intervención del Estado en los servicios públicos que buscan proteger a los consumidores: garantizar la calidad “para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios” –ratificación legal de la fuerza vinculante de la cláusula Estado social de derecho– (arts. 365 a 367 C. P.)<sup>63</sup>; ampliación de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios como expresión del criterio constitucional de la solidaridad (arts. 366 y 367 C. P.)<sup>64</sup>; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico (arts. 49 y 366 C. P.); obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación (art. 369 C. P.)<sup>65</sup>; régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos “de acuerdo a los preceptos de equidad y solidaridad” (arts. 365 y 367 C. P.)<sup>66</sup>.

b) El artículo 3º contentivo de los instrumentos especiales de intervención estatal enlista algunos dirigidos a la

protección del usuario: otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos (art. 368 C. P.)<sup>67</sup>; respeto al principio de neutralidad “a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios”.

c) El artículo 9.º de la Ley 142 dispone que el usuario tiene derecho a obtener de la empresa la medición de los consumos reales<sup>68</sup>, esta norma es de singular importancia, dado que de conformidad con el artículo 146 *ibidem* el consumo es el elemento principal del cobro al usuario (art. 9.1); el derecho a obtener los bienes en calidad y cantidad superior a los ofrecidos de manera masiva, norma concordante con el inciso 2º del artículo 128 que permite el acuerdo de cláusulas especiales, sin que por ello deje de existir contrato de servicios públicos y que es el caso de los usuarios no regulados de energía<sup>69</sup> (art. 9.3); por último, el derecho a obtener información sobre las actividades directas e indirectas de las empresas (art. 9.4).

Una mención especial merece el tratamiento a la libre elección del prestador<sup>70</sup>, el cual con la libertad de oferentes se constituye en los pilares de la competencia como ejercicio de la libertad. Al respecto, el numeral 9.2. del artículo 9.º de la Ley 142 de 1994, dentro de los derechos de los usuarios, estableció la libre elección del

62. “La privatización se propuso entonces, entre otros objetivos, ocuparse de los usuarios, mejorando para ello todas las facetas que hacen a la prestación de los servicios (calidad, ampliación de la cobertura, atención, etc.). De esta forma el estigma de usuarios “del tercer mundo” en lo que a trato se refiere, iría desapareciendo paulatinamente, ya que con el traspaso de las actividades al sector privado, dejarían de ser usuarios para transformarse en “clientes” de empresas privadas. Nidia Karina Cicero. *Servicios Públicos: control y protección*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 87 y 88.

63. Ley 143 de 1994 arts. 4º y 6º.

64. Ley 143 de 1994 art. 3º.

65. Ley 143 de 1994 art. 3º lit. d).

66. Ley 143 de 1994 arts. 3º lits. a), e), f), g) y 6º.

67. Ley 143 de 1994 arts. 6º, 23 literal h) y 47.

68. Ley 142 de 1994, arts. 144, 145 y 146.

69. Ver Supra Concepto SSPD 20011300000350.

70. “Hoy, el individuo disfruta de una capacidad real de elección de productos y servicios en la mayoría de mercados. La libertad de elección ha pasado a ser un derecho prioritario para los consumidores, que no aceptan imposiciones por parte de empresas u otras instituciones”. Juan De La Cruz Ferrer. *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico, modelos y análisis de la Ley 54 de 1997*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 31.

prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización, norma concordante con el numeral 133.4 del artículo 133 de la Ley 142 de 1994 como presunción del abuso de la posición dominante la inclusión de cláusulas que obliguen al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

d) El artículo 11 atinente a la función social de la propiedad obliga a los empresarios a facilitar el acceso a los subsidios por parte de los usuarios (art. 368 C. P.); informar a los usuarios acerca de la manera de utilizar con eficiencia y seguridad el servicio (num. 11.4).

e) Se autoriza la participación de los usuarios en la dirección de las empresas oficiales del orden municipal (art. 27.6).

f) El artículo 28 prevé la interconexión de redes como protección a los usuarios y promoción de la competencia.

g) La libre concurrencia de proveedores para contratar con las empresas lo cual hace que se contrate con precios del mercado y evitar que en las tarifas se trasladen sobrecostos a los usuarios (art. 35)<sup>71</sup>.

h) Las AEGR son un instrumento importante de protección del usuario en la medida que deben obrar en función del beneficio que realmente reciben (art. 51 modificado por el art. 6.º de la Ley 689 de 2001), además los informes que producen las AEGR deben ser ampliamente difundidos entre los usuarios.

Los artículos 14 y 15 de la Ley 689 de 2001 en consonancia con el artículo 53 de la Ley 142 al prever un sistema único de información para “facilitar el ejercicio de los derechos de los usuarios a obtener información” de las ESP.

i) La medida de toma de posesión de empresa de servicios públicos, en especial la causal del numeral 59.1 del artículo 59 va dirigida expresamente a la protección de los usuarios (art. 367 C. P.).

j) El control social de los servicios públicos es un mecanismo de protección de los derechos de los usuarios que

no ha sido valorado en toda su dimensión, y que sin duda es de la mayor importancia. La ley garantiza la participación de los usuarios en forma organizada en la gestión de las empresas de servicios públicos proponiendo planes y programas para resolver deficiencias en la prestación del servicio<sup>72</sup>. Si esta sola función se cumpliera adecuadamente con comités organizados e informados sobre el régimen de servicios públicos, resultaría más eficaz que el recurso de apelación ante la SSPD (arts. 62 y ss. modificado arts. 10 y 11 de la Ley 689 de 2001). Desafortunadamente los usuarios se han quedado en la tímida función de los antiguos comités de reclamos del desaparecido Decreto 1842 de 1991.

k) El régimen tarifario<sup>73</sup> y las reglas relativas a los subsidios y las prácticas restrictivas de la libre competencia que constituyan posición dominante. En un sector tan particular como el de los servicios públicos domiciliarios donde existen muchas actividades o servicios en monopolio y con operadores que tienen posición dominante en el mercado se impone la regulación de tarifas a quienes operan con tales ventajas de mercado. En tales condiciones la Ley 142 fijó claros criterios para su definición, según los cuales los aumentos de productividad deben repartirse entre la empresa y el usuario lo cual debe reflejarse en mayor eficiencia y tarifas más bajas, el no tratamiento discriminatorio entre usuarios cuando los costos<sup>74</sup> sean iguales, y el no traslado de costos ineficientes a los usuarios, entre otros<sup>75</sup> (art. 86).

Dentro de las reglas previstas en el título VI de la ley contentivas del régimen tarifario de las ESP, merece especial referencia el criterio de neutralidad por cuya virtud “cada consumidor tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro... el ejercicio de este derecho no debe impedir que las empresas de servicios públicos ofrezcan opciones tarifarias y que *el consumidor escoja* la que convenga a sus necesidades” (num. 87.2 del art. 87) ese mismo título de la ley prevé los diversos regímenes de regulación y libertad de tarifas.

l) Los costos de compras al por mayor por parte de empresas distribuidoras con posición dominante en el mercado que deben tenerse en cuenta las empresas al elaborar sus fórmulas no pueden ser estimados, sino que serán resultado de la aplicación del artículo 35 de la Ley 142 de 1994, que como se anotó atrás evita trasladar sobrecostos a los usuarios y la prohibición del cobro de derechos de suministro o de formularios de solicitudes (arts. 93 y 94; art. 367 C. P.).

m) La facultad de otorgar plazos para amortizar los cargos de la conexión domiciliaria a los usuarios de los estratos 4, 5, y 6 e industriales y comerciales, y hacerlos obligatorios a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 es una forma de protección de los usuarios, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 144 de la Ley 142 de 1994 en los contratos de condiciones las empresas pueden exigir la adquisición de los medidores (art. 97).

71. Declarada exequible Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997. “En verdad, tal competencia (la de las comisiones de regulación de exigir por vía general que los contratos se celebren previa licitación pública) no la dispone expresamente el artículo 370 superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la Ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley.

72. Ver Supra Concepto SSPD 20001300000269 citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de junio de 2001, M. P.: Alier Hernández Enríquez, exp. AP 2009.

73. Ley 143 de 1994 arts. 6.º, 39 y 44.

74. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-589/92 al revisar normas derogadas relativas a la extinta Junta Nacional de Tarifas reconoció el carácter constitucional del criterio de costos en materia tarifaria: “los artículos acusados, disponen una racional determinación de los costos de las tarifas, mediante el aseguramiento de los activos de las entidades de servicio público, con el fin de garantizar su financiación, ajustando las tarifas a “los cambios en los costos reales” a fin de mantener el equilibrio económico-financiero de la empresa y garantizar la cobertura futura de los servicios”.

75. Ley 142 de 1994, art. 94.

76. Ley 143 de 1994, arts. 23 lit. h), 44.

77. Ley 142 de 1994, arts. 73.10 y 133.

78. *Objeto del Contrato:* Este contrato de prestación del servicio público de TPBCL, TPBCLC, TMR o TPBCLD es un contrato uniforme y consensual en virtud del cual la empresa, se obliga a prestar al suscriptor o al usuario el servicio de TPBCL, TPBCLC, TMR o TPBCLD, en condiciones de calidad y eficiencia, a cambio de un precio en dinero pactado de acuerdo con el régimen tarifario previsto en la Ley 142 de 1994, los reglamentos que expidan la CRT, el Ministerio de Comunicaciones y la SSPD, cada uno de ellos en la órbita de su competencia y las cláusulas del presente contrato.

n) Las normas relativas a subsidios<sup>76</sup> (arts. 99 y ss.) no hacen nada distinto que proteger a los consumidores más pobres como desarrollo del principio constitucional de la solidaridad propio del Estado social de derecho.

o) Igualmente el régimen de estratificación es una forma de protección en la medida que la clasificación de los inmuebles permite la asignación de recursos para subsidios (arts. 101 y ss. modificados leyes 505 de 1999 y 689 de 2001 art. 16 y 17).

p) Otra modalidad de protección del usuario de los servicios públicos domiciliarios es el contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes, el cual por sus características difiere de los denominados tradicionalmente contratos de adhesión en los cuales el clausulado lo configura la parte que provee el servicio.

En el caso del contrato de servicios públicos la capacidad de configuración material de sus cláusulas por parte de las empresas de servicios públicos no es muy amplia, toda vez que conformidad con el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 su régimen legal aplicable es algo difuso con prevalencia en todo caso de la Ley 142<sup>77</sup>, sin olvidar que en algunos casos son las propias comisiones de regulación las que terminan adoptando el prototipo de contrato<sup>78</sup>. En torno a este tema el profesor Palacios Mejía

*Integración:* Hacen parte de este contrato no solo las estipulaciones escritas en él, sino además las contenidas en las leyes que regulan la prestación de servicios públicos domiciliarios, en especial la Ley 142 de 1994, y en las reglamentaciones expedidas por la CRT (CRT), el Ministerio de Comunicaciones y la SSPD, cada una de ellas en la órbita de su competencia.

En consecuencia, el suscriptor o usuario con la solicitud de servicio acepta las normas, derechos, obligaciones, tarifas y condiciones uniformes que regulan la prestación del servicio público de TPBCL, TPBCLC, TMR o TPBCLD, por la empresa, y por lo tanto se obliga al cumplimiento de todas y cada una de ellas, y a pagar, en el plazo establecido por la empresa, las facturas por concepto del servicio prestado, si no formula reclamo alguno en las oficinas establecidas para tal fin, dentro del término señalado en la normatividad y reglamentación pertinente.

Las partes convienen en someter la ejecución y cumplimiento del presente contrato a las estipulaciones que se incorporan en las definiciones y condiciones del contrato.

*Cláusula. Normas que rigen el contrato:* Este contrato se regirá por las normas aplicables de la Ley 142 de 1994, las Resoluciones expedidas por la CRT y por estas condiciones uniformes ofrecidas por la empresa.

Se regirá también por el Código de Comercio y el Código Civil y por todas las disposiciones aplicables a esta clase de contratos, así

es del dictamen que “La Ley 142 limita, por lo tanto, la libertad de negociación dentro del contrato de servicios públicos, para proteger la usuario<sup>79</sup>”. En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional al condicionar la constitucionalidad del artículo que se comenta en los siguientes términos:

Cabe aclarar que este tipo de contratos por adhesión, también llamados “de cláusulas uniformes”, no excluye, según lo determina la propia ley, el carácter consensual de los mismos, pues sí existe voluntad del usuario, sólo que ésta se pliega a las estipulaciones previamente definidas en el contrato por la empresa prestadora.

También vale la pena aclarar que el contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función<sup>80</sup>.

Es importante destacar una especial forma de protección del suscriptor prevista en artículo 128 citado en los casos en que exista disputa sobre la tenencia o posesión material del inmueble, caso en el cual las comisiones por vía general pueden facilitar la celebración del contrato con el consumidor del servicio.

q) El artículo 133 se constituye en el principal mecanismo de protección al momento de la empresa definir sus condiciones de prestación del servicio, dado que limita la libertad de negociación de las estipulaciones del contrato.

r) El artículo 135 protege las conexiones de propiedad del usuario y señala que la empresa no puede disponer de ellas sin su previo consentimiento.

s) La Ley 142 introduce el concepto de falla en la prestación del servicio y de manera precisa indica las reparaciones que debe hacer la empresa y señala los criterios para la indemnización de perjuicios y la suspensión del servicio de común acuerdo (arts. 136, 137 y 138).

t) Para efectos de la determinación del consumo facturable se señala que el consumo debe ser el elemento principal del cobro que se hace al usuario, que la empresa está obligada a detectar el sitio y la causa de las fugas, que la falta de medición del consumo por acción u omisión de la empresa le hace perder el derecho a recibir el precio (art. 146).

u) Por lo que dice relación a las facturas también se señalan unas reglas de protección del usuario: darse a conocer previamente, totalizar por separado cada servicio cuando haya facturación conjunta, contener información suficiente que le permita saber al usuario si los cobros se ajustaron a la ley y cómo se determinaron y valoraron sus consumos, y se prohíbe el cobro de servicios no prestados y la inclusión en la factura de conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes, y se exige la revisión previa de las facturas (arts. 147 a 149)<sup>81</sup>.

como por las normas de carácter imperativo y de orden público que con relación al suministro domiciliario establezcan la ley, el Gobierno Nacional, la CRT o la entidad competente que haga sus veces, quedando por consiguiente sometido a las nuevas normas que durante el desarrollo del mismo modifiquen o reemplacen las que se encuentran vigentes a la fecha en que se solicita el servicio.

Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, preferirán estas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada suscriptor o usuario en particular

79. Hugo Palacios Mejía. *El derecho de los servicios públicos*, 1.ª ed., Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 163.

80. Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000, ver Supra Concepto SSPD 2001130000005.

81. Ver Supra Concepto SSPD 2001130000005.

82. Declarado exequible Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 1996, para la mayoría:

“Las normas acusadas institucionalizan una forma de control funcional que se ejerce sobre los actos de las empresas y entidades prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, que implica un poder de revisión o reexamen de las decisiones adoptadas por éstas con el fin de verificar si dichas decisiones se ajustan o no a la legalidad, esto es, al marco normativo que deben acatar, el cual está constituido, por la Constitución, la ley, las regulaciones generales del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, las disposiciones regionales o locales que se hayan expedido sobre tales servicios, y los reglamentos internos del servicio, adoptados por las entidades prestatarias de éste, e igualmente a las estipulaciones del respectivo contrato ... Y es indudable que el recurso de apelación ante la Superintendencia constituye un medio para la protección de dichos derechos. No puede resultar extraño, que pueda resolver por intermedio de la Superintendencia los recursos de apelación de los usuarios que tiendan a garantizar sus derechos y el principio de legalidad en las decisiones que emitan las entidades encargadas de la prestación de los referidos servicios. De este modo, la ley ha

v) La penalización a las empresas que no facturan oportunamente los servicios prestados, siempre que no sea por dolo del suscriptor. Los llamados “cobros inoportunos” están regulados por el artículo 150 de la Ley 142, allí el legislador les concede a las empresas un plazo de cinco meses.

w) La defensa del usuario en sede de la empresa que le permite interponer recursos de reposición y en subsidio de apelación ante esta Superintendencia (arts. 154 y 159)<sup>82</sup>. El instituto del silencio administrativo positivo previsto en el artículo 158 subrogado por el artículo 9º del Decreto 2223 de 1996<sup>83</sup>.

x) La nueva atribución de la Superintendencia, contenida en el numeral 31 del artículo 13 de la Ley 689 de 2001 modificadorio del artículo 79, consistente en que podrá “ordenar en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación ...la devolución de los dineros que una empresa de servicios públicos retenga sin justa causa a un usuario, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación de la decisión respectiva”.

y) La prohibición a las empresas de exigir el pago de la factura como requisito para atender un recurso relacionado con ella y tan sólo debe acreditarse “el pago de las sumas que no han sido objeto de recurso o del promedio del consumo de los últimos cinco períodos” (art. 150).

z) La suspensión por incumplimiento como límite a la solidaridad real entre propietario y arrendatario de que trata la Ley 689 pues obliga a las empresas a suspender el servicio. norma claramente ideada a favor del usuario propietario (art. 18 modificadorio del 130)<sup>84</sup>.

Esta enumeración lejos de ser exhaustiva<sup>85</sup>, pretende mostrar –como se dijo al comienzo– que la Ley 142 de 1994 es un verdadero estatuto de protección del usuario de servicios públicos, y que no lo son tan sólo los recursos en sede de la empresa como podría pensarse *prima facie*<sup>86</sup>. En suma, la prestación de los servicios públicos domiciliarios implica singularidades en su gestión como que se trata de *bienes meritorios* con los cuales se materializa la finalidad social del Estado. Por manera que exigen un tratamiento muy especial y su comercialización reclama ciertas particularidades no previstas en el régimen general contenido en la Ley 155 de 1959<sup>87</sup>, la Ley 256 de 1996<sup>88</sup>, y el Decreto 2153 de 1992. En efecto, existen evidentes diferencias en el tratamiento del derecho de la competencia aplicable a los servicios públicos y el aplicable

al sector real. Es por ello que se han demarcado los linderos de la promoción y el control de la competencia, por ser un sector con unas características particulares. Con todo, contamos en nuestro sistema jurídico con un

establecido un mecanismo ágil y efectivo de solución de los conflictos entre los usuarios y las entidades prestatarias de los servicios, en la propia sede de la administración, que busca, en lo posible, evitar que aquellos acudan de ordinario a la vía jurisdiccional”. Sin embargo en salvamento de voto el magistrado Cifuentes Muñoz aseveró:

“Que un ‘órgano especializado’ e imparcial conozca los recursos, puede ser constitucional, pero no el mecanismo si resulta claramente ineficiente. En efecto, además de requerirse una infraestructura que abarque todo el territorio nacional, se genera una estructura paralela a las mismas empresas prestadoras de servicios públicos, con el consiguiente gasto público. Por otra parte, cabe preguntarse si la inmediatez (criterio importante en materia de eficiencia) se logra más con la remisión de un recurso a una entidad distinta de aquella que presta el servicio y que ya ha conocido del asunto en primera instancia”. El impacto casi nulo de este mecanismo ha llevado a la Superintendencia a plantear mecanismos alternativos como “el defensor del cliente”, ver infra artículo del Superintendente Delegado para Telecomunicaciones Javier Alonso Lastra.

83. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 1999; ver supra Concepto SSPD 20011300000125.

84. Sobre la aparente contradicción en materia de plazos entre el nuevo artículo 130 y el 140 ver supra Concepto SSPD 20011300000711.

85. La amplia capacidad sancionatorio de la Superintendencia es de por sí un instrumento de protección amplísimo del consumidor. Baste señalar que el numeral 6.4 del artículo 6.º de la Ley 142, retomado por el numeral 2 del parágrafo segundo del artículo 15 de la Ley 689 de 2001, que faculta al Superintendente para invitar a una empresa para que asuma la prestación en sustitución de un municipio prestador directo, atribución que se ejerce “en defensa de los usuarios” al tenor de las normas citadas.

86. “Uno de los criterios sociales fundamentales que inspiran la Ley 142 de 1994 es la necesidad de llevar a los usuarios servicios de buena calidad, y en condiciones de eficiencia. Las normas sobre competencia tienen, también, el propósito de conseguir que el usuario pague las tarifas más bajas posibles. Las que se refieren a subsidios apuntan a conseguir que las personas más pobres del país puedan tener un mínimo de servicios públicos. Por lo tanto, toda la Ley 142 se podría mostrar como un instrumento para realizar el objetivo de proteger al usuario...”. Hugo Palacios Mejía. *El derecho de los servicios públicos*, 1.ª ed., Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 159.

87. Cfr. Claudia Orozco. “Marco legal para la promoción de la competencia en derecho comparado y en Colombia”, *Revista Planeación y Desarrollo*, vol. xxiv, n.º 2, mayo-agosto 1993, pp. 97 y ss. Emilio José Archila Peñalosa. *Antecedentes constitucionales y régimen de prácticas comerciales restrictivas*, Colección Seminarios, n.º 5, t. I, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, CEDEC, 1997, pp. 11 y ss

88. Para consultar el estudio más completo de la Ley 256 de 1996, realizado en paralelo a su “gemela” española: la Ley 3ª del 10 de enero de 1991, ver Delio Gómez Leyva. *De las restricciones, del*

régimen general que resulta aplicable en caso que haya lagunas o vacíos del régimen especial, según lo previsto en el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887.<sup>89</sup>

### III. Una regulación para la competencia

La búsqueda del mejor medio para alcanzar el objetivo de la eficiencia económica y el buen servicio al ciudadano no se plantea como un dilema entre competencia perfecta, que es imposible, “versus” regulación perfecta, igualmente inalcanzable.

Gaspar Ariño Ortiz<sup>90</sup>

El artículo 73, a falta de una precisa definición de regulación que se echa de menos en el numeral 14.18 del artículo 14, señala en su inciso primero el rol verdadero de las comisiones que no es otro que el de la promoción de la competencia y, como quedó expuesto líneas arriba, las tres comisiones tienen por misión prioritaria la de propiciar la competencia en sus respectivos sectores<sup>91</sup>.

En efecto, el artículo 73 *eiusdem* señala dentro de las funciones de las comisiones de regulación regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

A su turno, el literal a) del numeral 74.1 del artículo 74 de la norma en estudio en armonía con el artículo 20 de la Ley 143 de 1994 establecen dentro de las atribuciones especiales de la Comisión de Regulación de Energía y Gas propiciar la competencia en el sector de minas y energía<sup>92</sup> y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia, en idéntico sentido y para el sector de las telecomunicaciones dispone el literal a) del numeral 74.3 del artículo 74 en relación con la CRT, con la misma óptica la norma se repite en el literal a) del numeral 74.2 del artículo 74 para la CRA en el sector de agua potable y saneamiento básico.

Normas que reflejan el sentir del legislador expuesto en el proyecto que presentó por mandato perentorio del artículo 48 transitorio, el Gobierno Nacional al Congreso:

La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que “*fomenta la competencia* en aquellas áreas donde existe y es factible; *impide el abuso de posiciones de monopolio natural*, donde esta es ineludible; *desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia* y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor”<sup>93</sup> (subrayas fuera de texto).

La regulación, expresión novedosa en nuestro derecho administrativo<sup>94</sup>, se sitúa, como bien lo señaló la Corte Constitucional como una

forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (Preámbulo, artículos 1.º, 2.º, 333, 334, 365, 367 y 370 C. P.) ... no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para “completar la ley”, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República –y, más grave todavía, a sus delegatarios– atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado (art. 113 *ibidem*), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (art. 150, num. 10, C. P.) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas<sup>95</sup>.

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional observa que no existe contradicción entre el numeral 14.18 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y la Constitución Política, en cuanto al aquel establece que la facultad reguladora implica la capacidad de dictar, no sólo normas de carácter general, sino también de naturaleza particular, “en tanto la atribución que consagra corresponde en realidad al simple ejercicio de una función de intervención en concreto sobre la base de lo que la ley disponga para asegurar que quienes prestan los servicios públicos domiciliarios se sujeten a sus mandatos”<sup>96</sup>.

Así las cosas, la regulación es una forma de intervención del Estado en la economía, con la finalidad someter la conducta de las personas que prestan servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos. Es, esencialmente, una regulación del mercado de los servicios públicos para garantizar el bienestar general de todos los habitantes del territorio nacional. Se puede afirmar entonces que la regulación de los servicios públicos se concreta en la fijación de pautas de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, la promoción de un mercado en competencia, libre de restricciones, y en la protección de los usuarios de dichos servicios.

A propósito del tema el profesor Luis Ferney Moreno en reciente publicación pone de relieve que las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios “expiden actos administrativos de regulación conforme con el artículo 14.18 de LSPD y el Código Contencioso Administrativo para señalar políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos (art. 370 C. N.), y en concreto para promover la competencia en el mercado, para que se produzcan servicios de calidad y para regular los monopolios, según lo establecido en el inciso primero del artículo 73 de la LSPD”<sup>97</sup>.

### Colofón

En este orden de ideas el régimen de los servicios públicos en sus niveles constitucional, legal y regulatorio se endereza a la promoción de la competencia dentro del marco del Estado social de derecho que califica a esta categoría jurídica como inherente a su finalidad social<sup>98</sup>.

Es por ello que dentro del marco general de competencias funcionales que consolidó la Ley 689 de 28 de agosto de 2001, en su artículo 13 que modifica el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, ratifica en el numeral 32 la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sin perjuicio de las facultades de las Comisiones de Regulación ya anotadas.

Por lo que la función indicada en el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992, ratificada por el artículo 143 de la Ley 446 de 1998 a la Superintendencia de Industria y Comercio, para el sector del mercado correspondiente a

los servicios públicos domiciliarios corresponde de manera definitiva a la Superintendencia que vigila estos últimos, la cual actúa como gobierno para los efectos del artículo 4.º de la Ley 155 de 1959, en dicho sector.



*abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, Cámara de Comercio de Bogotá, noviembre de 1998.

89. Luis Ferney Moreno. *Servicios Públicos Domiciliarios: Perspectivas del Derecho Económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 199.

90. Gaspar Ariño Ortiz. *Principios de derecho público económico, modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada, Fundación de Estudios de Regulación, Comares, 1999, pp. 555 y 556.

91. El pasado 23 y 24 de abril de 2001, la División de Infraestructura y Mercados Financieros del Departamento de Desarrollo Sostenible del BID organizó en Washington un ciclo de conferencias donde se estudiaron distintas experiencias internacionales en punto de las agencias reguladoras y las instituciones de competencia. Entre los diversos estudios presentados relativos al tema que nos ocupa ver Heftye Eienne. *El papel de las agencias reguladoras y las instituciones de competencia (el caso mexicano)*; Alfredo García. *La industria del gas en Colombia, estructura y competencia*; Diego Petrecolla. *Reestructuración de la industria del gas en Argentina*; Pedro María Meroño Vélez. *Un caso de concentración: Endesa-Iberdrola, el papel de la agencia reguladora en España*; Gonzalo Solana. *El papel del Tribunal de defensa de la competencia en el caso Endesa-Iberdrola*.

92. “Entre mayor competencia haya, mejor es la prestación de los servicios pues cada empresa se preocupa de ofrecer mejores condiciones para así captar más demanda. La previsión consistente en exigir un límite a la participación en las actividades de generación, comercialización y distribución constituye un mecanismo para evitar la concentración de la propiedad accionaria, facultad ésta que consagra el artículo 73, numeral 73.25 de la Ley 142”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 12 de febrero de 1998, exp. 4443, C. P.: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

93. Gobierno Nacional. Exposición de Motivos al Proyecto de ley 135 del Senado. *Gaceta del Congreso*, n.º 162, 17 de noviembre de 1992, p. 21.

94. Sobre los criterios regulatorios de la Ley 142 de 1994, ver Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales, UNIJUS. *Los servicios públicos domiciliarios: calidad de vida y construcción del Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, Dirección de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo, noviembre de 1997, pp. 103 y ss.

95. Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

96. *Ibid.*

97. Moreno. *Op. cit.*, pp. 44 y 45.

98. Según la jurisprudencia constitucional:

“Si el Estado no se encuentra en condiciones de prestar debidamente un servicio público que es esencial para la población, debe crear las condiciones para que o los particulares o las comunidades organizadas puedan prestarlo directamente”. Corte Constitucional. Sentencia T-570 del 26 de octubre de 1992, M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein.